SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA PEDRA CRUZA VILLALÓNA,
predstavljeni 14. septembra 2010[1]

1. Evropska komisija na podlagi člena 226 ES Portugalski republiki očita, da je s tem, da ni sprejela ukrepov, potrebnih za uporabo te direktive za notarski poklic na Portugalskem, kršila Direktivo 2005/36/ES o priznavanju poklicnih kvalifikacij[2].

2. Enako kot v zadevah C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 in C61/08, katerih predmet je prav tako notarski poklic, je v tej zadevi najprej treba ugotoviti, ali se zanjo lahko uporabi člen 45, prvi odstavek, ES, ki določa izjemo za dejavnosti, ki so povezane z izvajanjem javne oblasti.[3] Vendar drugače kot v navedenih zadevah Komisija ne očita, da obstajajo pogoji v zvezi z nacionalnostjo, saj na Portugalskem take omejitve načeloma ni. Razlog za to tožbo je sistem dostopa do notarskega poklica na Portugalskem, ki je v diametralnem nasprotju z zahtevami zakonodaje Skupnosti na področju poklicnih nazivov, natančneje Direktivo 2005/36.

1 – Jezik izvirnika: španščina.

2 – Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 7. septembra 2005 o priznavanju poklicnih kvalifikacij (UL L 255, str. 2).

3 – Čeprav je notariat v razumevanju romanskega prava, ki je predmet teh tožb, v Evropi najbolj razširjen, je treba opozoriti, da v Evropski uniji soobstaja z drugimi različicami, katerih vključitev na področje uporabe člena 45, prvi odstavek, ES ni vprašljiva. To velja bodisi zato, ker je notariat neposredno vključen v javno upravo, bodisi ker overovitve, ki jih opravljajo, niso verodostojne v smislu, ki je tu upošteven. Nazadnje, različnost ureditev v Evropi se je z odpravo pogoja nacionalnosti v nekaterih državah z romanskim tipom notariata v zadnjih letih povečala (Italija, Španija).

I – Pravni okvir

A – *Pravo Skupnosti*

3. Direktiva Sveta 89/48/EGS o splošnem sistemu priznavanja visokošolskih diplom, pridobljenih s poklicnim izobraževanjem in usposabljanjem, ki traja najmanj tri leta,[4] določa rok za prenos, ki se je v skladu s členom 12 te direktive iztekel 4. januarja 1991.

4. Člen 2 te direktive je določal:

„Ta direktiva velja za vsakega državljana države članice, ki želi opravljati reguliran poklic v državi članici gostiteljici kot samozaposlena ali zaposlena oseba.

Ta direktiva ne velja za poklice, ki so predmet posebne direktive, ki med državami članicami ureja vzajemno priznavanje diplom."

5. Notarski poklic ni bil urejen z nobenim predpisom iz drugega odstavka navedenega člena.

6. Direktiva 89/48 je bila razveljavljena in kodificirana z Direktivo 2005/36. V novem besedilu je ohranjena bistvena vsebina Direktive 89/48, vendar je v uvodni izjavi 41 – kar je glede na prejšnjo direktivo novost – navedeno:

„Ta direktiva ne posega v uporabo členov 39(4) in 45 Pogodbe, kar zadeva predvsem notarje."

B – *Nacionalno pravo*

7. Na Portugalskem je notarski poklic urejen z uredbama zakonoma 26/2004 in 27/2004 ministra za pravosodje z dne 21. aprila 2004. Z uredbo 398/2004, prav tako z dne 21. aprila 2004, je vlada sprejela ureditev, s katero je bil vzpostavljen sistem priznavanja notarskega naziva. S tem skupkom določb je bila izvedena liberalizacija notarskega poklica na Portugalskem, ki so ga prej opravljali uslužbenci uprave, za katere se je uporabljalo javno pravo.

8. Člen 1 uredbe zakona 26/2004 določa, da je „notar pravnik, ki v okviru opravljanja svojih nalog sestavlja verodostojne listine".

4 – Direktiva Sveta z dne 21. decembra 1988 (UL 1989, L 19, str. 16).

9. Notar je obenem uradnik, ki overja pravne akte, in zasebnik, ki svojo dejavnost opravlja popolnoma neodvisno in nepristransko kot svoboden poklic. Člen 1 prav tako določa, da sta javni in zasebni značaj notarske funkcije neločljiva.

10. Kot je v svojem odgovoru na tožbo potrdila Portugalska, je overjanje glavna dejavnost notarskega poklica. Overitev je opredeljena kot akt, s katerim država pooblasti notarja, da potrdi verodostojnost. V skladu s členom 21 uredbe zakona 26/2004 je simbol, ki izraža notarjevo posredovanje, žig – ali številka, ki mu ustreza –, katerega imetnik je izključno notar. Notar posreduje na predlog strank in jim zagotavlja zakonitost aktov, pri sestavi katerih je sodeloval, ter njihovo arhiviranje in shranjevanje.

11. V skladu s členom 371 portugalskega civilnega zakonika imajo overjeni dokumenti opredeljeno dokazno moč, ki jo je mogoče izpodbijati le v postopku z izrednim pravnim sredstvom (člen 372 civilnega zakonika). Člen 46 portugalskega zakona o pravdnem postopku poleg tega določa, da z overovitvijo listina postane izvršljiva.

12. V skladu s členom 25 uredbe zakona 26/2004 je za pridobitev poklica notarja treba izpolniti štiri pogoje, in sicer mora oseba: biti sposobna za izvajanje javnih funkcij; imeti diplomo visokošolskega študija prava, ki je priznana s portugalsko zakonodajo; opraviti pripravništvo; biti uspešna na natečaju, ki ga razpiše notarska zbornica.

13. Čeprav se notariat opravlja kot svoboden poklic, je dostop do njega v skladu s členom 6 uredbe zakona 26/2004 omejen po načelu *numerus clausus*. Notar deluje na določenem ozemlju – sodnem okrožju – na podlagi dovoljenja za opravljanje dejavnosti. Notarska tarifa se določi na podlagi lestvice, ki jo potrdi ministrstvo za pravosodje ter v kateri so določeni najnižji in najvišji zneski, obenem pa je za nekatere notarske storitve predvidena tudi možnost svobodne določitve cene.

II – Predhodni postopek in postopek pred Sodiščem

14. Komisija je 21. decembra 2001 na Portugalsko naslovila uradni opomin, v katerem je navedla, da ta država članica ni prenesla Direktive 89/48 v delu, ki se nanaša na notarski poklic. Portugalska je odgovorila z dopisom z dne 17. junija 2002, v katerem je navedla, da vlada v zvezi s tem pripravlja zakonodajno spremembo.

15. Komisija je 18. oktobra 2006 Portugalski poslala obrazloženo mnenje, v katerem jo je pozvala, naj v roku dveh mesecev izpolni

svoje obveznosti. Portugalska je z dopisom z dne 24. januarja 2007 odgovorila, da portugalski notarji neposredno in dejansko sodelujejo pri izvajanju javne oblasti, tako da za njih ne velja niti svoboda ustanavljanja niti sekundarna zakonodaja, ki jo uveljavlja.

16. Nacionalna zakonodaja, ki je upoštevna v tem postopku zaradi neizpolnitve, je tako ta, ki je veljala 18. decembra 2006, torej na dan, ko se je iztekel rok, ki ga je Komisija državi določila v obrazloženem mnenju.

17. Komisija je 12. februarja 2008 v skladu s členom 226 ES pri Sodišču vložila tožbo zaradi neizpolnitve, ki so ji sledili odgovor na tožbo, replika tožeče stranke in duplika tožene države članice. Združeno kraljestvo je interveniralo v podporo Komisiji, medtem ko so Češka republika, Litva, Slovenija in Slovaška Portugalsko podprle.

III – Trditve strank

18. Komisija Sodišču predlaga, naj:

– ugotovi, da Portugalska republika s tem, da v svoj notranji pravni red ni prenesla Direktive 2005/36, in sicer zlasti v delu, ki se nanaša na notarski poklic, ni izpolnila obveznosti iz te direktive;

– Portugalski republiki naloži plačilo stroškov postopka.

19. Portugalska republika Sodišču predlaga, naj tožbo zavrne kot neutemeljeno in plačilo stroškov naloži Komisiji.

IV – Dopustnost tožbe

20. Slovenska vlada je kot intervenientka vložila ugovor nedopustnosti, zaradi predpisov, na katere se sklicuje Komisija. Meni, da je Komisija v predhodni fazi postopka zaradi neizpolnitve očitala kršitev Direktive 89/48/EGS, medtem ko zdaj, v postopku pred Sodiščem, očita kršitev Direktive 2005/36, ki nadomešča prejšnjo direktivo.

21. Temu ugovoru ni mogoče ugoditi.

22. V skladu z ustaljeno sodno prakso je pravilnost predhodnega postopka bistveno jamstvo, ki ga Pogodba želi zagotavljati ne le za varstvo pravic zadevnih držav članic, temveč tudi za to, da bo v morebitnem sodnem postopku predmet spora jasno opredeljen. Le na podlagi pravilnega predhodnega postopka kontradiktoren postopek pred Sodiščem temu omogoči, da presodi, ali država članica dejansko ni izpolnila točno opredeljenih obveznosti, katerih kršitev zatrjuje Komisija.[5]

23. Vendar, kot je Sodišče večkrat ugotovilo, čeprav predlogov, ki jih vsebuje tožba, načeloma ni mogoče razširiti onkraj neizpolnitve obveznosti, zatrjevane v izreku obrazloženega mnenja in v uradnem opominu, lahko Komisija kljub temu ob spremembi prava Skupnosti, ki se zgodi med predhodnim postopkom, „predlaga ugotovitev neizpolnitve obveznosti, ki izvirajo iz prvotnega besedila direktive, ki je bila pozneje spremenjena ali razveljavljena, in ki so ohranjene z novimi določbami“.[6]

5 – Sklep Sodišča z dne 11. julija 1995 v zadevi Komisija proti Španiji (C-266/94, Recueil, str. I1975), točki 17 in 18.

6 – Glej med drugim sodbi Sodišča z dne 9. novembra 1999 v zadevi Komisija proti Italiji (C365/97, Recueil 1999, str. I-7773, točka 36) in z dne 5. junija 2003 v zadevi Komisija proti Italiji (C-145/01, Recueil, str. I-5581, točka 17).

24. Torej, kot je navedla Komisija, je iz primerjave upoštevnih določb razvidno, da so bile določbe Direktive 89/48/EGS z Direktivo 2005/36 utrjene in kodificirane. Zato večina obveznosti, ki so jih imele države na podlagi Direktive 89/48, velja tudi na podlagi Direktive 2005/36.

25. Ugovor nedopustnosti je glede na to treba zavrniti, saj se nanaša na obveznosti iz Direktive 2005/36, ki so veljale že na podlagi razveljavljene direktive.

V – Razlog za neizpolnitev

26. V obravnavani tožbi Komisija Portugalski republiki očita, da ni prenesla Direktive 2005/36 v delu, ki se nanaša na notarski poklic. Portugalska pa trdi, da za ta poklic velja člen 45, prvi odstavek, ES, tako da se za notarsko dejavnost navedena direktiva ne uporablja.

27. Ne zdi se smiselno ponoviti celotne utemeljitve, ki sem jo podrobno razvil že v sklepnih predlogih z današnjega dne v zadevah C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08,

C-54/08 in C-61/08. Zato se bom omejil na predstavitev bistvenih poudarkov utemeljitve iz teh sklepnih predlogov in jih nato uporabil na primeru Portugalske.

A – *Dejavnosti, povezane z izvajanjem javne oblasti, v smislu členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES*

28. Ker Portugalska kot razlog za neprenos Direktive 2005/36 navaja člen 45, prvi odstavek, ES, je treba najprej preučiti vsebino te določbe.

29. Člena 43 ES in 45, prvi odstavek, ES dejansko tvorita zakonsko enoto, sestavljeno iz pravila (svoboda ustanavljanja) in izjeme (dejavnosti, povezane z izvrševanjem javne oblasti), s čimer je opredeljeno njuno področje uporabe. Iz povezave med tema določbama izhaja pravilo, ki je za rešitev te zadeve odločilno. Tako nimamo opravka s pravilom (člen 43 ES), od katerega obstaja izjema (člen 45, prvi odstavek, ES), ampak z drugačnim pravilom, in sicer takim, ki opredeljuje področje uporabe svobode ustanavljanja za opravljanje dejavnosti, ki niso povezane z izvajanjem javne oblasti. Táko je področje uporabe te svobode, ki jo zagotavlja Pogodba, in tako je treba razumeti razlogovanje Komisije, da člena 43 ES in 45 ES nista bila izpolnjena.

30. Če razlagalec ugotovi, da je neka dejavnost dejansko povezana z izvajanjem javne oblasti, je treba opraviti preizkus sorazmernosti. V okviru navedenih določb se preizkus sorazmernosti – če bo potreben – opravi z izvedbo podobnega preizkusa, ki ga je v sodni praksi uporabilo Sodišče[7] in pri katerem se upošteva (1) pomen sprejetega ukrepa in (2) stopnjo povezanosti sporne dejavnosti z izvajanjem javne oblasti. Kolikor bolj je ta povezanost neposredna ali očitna, toliko širši je obseg ukrepov, zajet s členom 45, prvi odstavek, ES. Kolikor manj neposredna je, toliko manj ukrepov je mogoče upravičiti na podlagi tega člena v smislu številčnosti in intenzivnosti.

31. Vendar je po pričakovanjih glavna težava pri razlagi členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES natančna opredelitev „javne oblasti“.

7 – Med novejšimi sodbami glej sodbi z dne 12. septembra 2006 v zadevi Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas (C196/04, ZOdl., str. I7995, točka 61 in naslednje) in z dne 3. oktobra 2006 v zadevi Fidium Finanz (C452/04, ZOdl., str. I9521, točka 46). Glede načela in njegovega pomena kot pravila za presojo v okviru svobod glej Tridimas, T., The General Principles of EU Law, 2. izd., Oxford University Press, Oxford, 2006, str. 193 in naslednje, in Galetta, D.-U., Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo, Giuffrè Editore, Milano, 1998, str. 103 in naslednje.

32. Kot sem že pojasnil v sklepnih predlogih, predstavljenih v zadevah C47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 in C-61/08, je v dosedanji sodni praksi malo izhodišč, na podlagi katerih bi lahko sklepali o značaju in bistvu „javne oblasti“ v smislu obravnavane določbe.[8]

33. Pri opredelitvi javne oblasti v smislu člena 45, prvi odstavek, ES[9] se ni mogoče izogniti določenemu predrazumevanju pojma javne oblasti kot splošne kategorije teorije države, v okviru katere je pojmovno nujno zajeta tudi Unija kot skupnost držav.[10]

34. V tem smislu je „javna oblast“ tako predvsem „oblast“, to je zmožnost zavezati k ravnanju, skladnemu z voljo, ki se ji ni mogoče upreti. V skladu z molče sprejetim razumevanjem in v njegovem najširšem izrazu ima to zmožnost izključno država, to je institucija, ki pooseblja pravni red kot orodje upravljanja in organizacije legitimne moči.[11] Javna oblast je tako oblast suverena, *qui superiorem non recognoscens in regno suo*.

35. To pomeni, da v državi ni druge legitimne moči kot ta, ki jo izvaja javna oblast. To je tako bodisi v dobro obstoja države in doseganja njenih ciljev (splošni interes) bodisi v interesu legitimnih pričakovanj v zvezi z ravnanji, ki jih imajo posamezniki v razmerju do drugih (zasebni interes). V tem primeru se javna oblast vedno izvaja ob upoštevanju prej določenih pogojev.[12]

8 – Glej med drugim sodbe z 21. junija 1974 v zadevi Reyners (2/74, Recueil, str. 631); z dne 5. decembra 1989 v zadevi Komisija proti Italiji (C-3/88, Recueil, str. 4035); z dne 29. oktobra 1998 v zadevi Komisija proti Španiji (C-114/97, Recueil, str. I-6717); z dne 9. marca 2000 v zadevi Komisija proti Belgiji (C-355/98, Recueil, str. I-1221); z dne 31. maja 2001 v zadevi Komisija proti Italiji (C-283/99, Recueil, str. I-4363); z dne 13. decembra 2007 v zadevi Komisija proti Italiji (C-465/05, ZOdl., str. I-11091) in z dne 22. oktobra 2009 v zadevi Komisija proti Portugalski (C-438/08, ZOdl., str. I-10219).

9 – Poleg tega se v različicah opredelitve brez razločevanja uporabljata dva pojma, ki bi s teoretičnega stališča lahko imela različne konotacije, in sicer javna avtoriteta in javna oblast. Javna avtoriteta se na primer uporablja v francoski (*l'exercice de l'autorité publique*), angleški (*the exercise of official authority*), portugalski (*exercício da autoridade pública*), romunski (*exercitării autorității publice*) in malteški različici (*l-eżerċizzju ta' l-awtorità pubblika*), medtem ko ima uporaba izraza javna oblast prednost v španski (*ejercicio del poder público*), nemški (*Ausübung öffentlicher Gewalt*), italijanski (*esercizio dei pubblici poteri*) in švedski različici (*utövandet av offentlig makt*).

10 – Ne glede na to, da ima za opredelitev pojma odločilen pomen pravo Unije, je logično, da Sodišče kot najvišji razlagalec tega prava svojo opredelitev oblikuje tako, da mu za izhodišče služijo različni nacionalni približki spornega pojma. Glej med drugim M. Schlag, Art. 45, EU-Kommentar (J. Schwarze, Hrs.), 2. izd., Nomos, Baden, 2009.

11 – Glej – med sicer izredno obsežno literaturo – A. Passerin d'Entreves, La dottrina dello Stato, Giappichelli, Torino, 1962.

12 – Tu seveda ni upošteven primer moči, ki jo monopolizira neka država in ki ob spoštovanju vsakokratnega področja suverenosti, ki je razmejeno z mednarodnim pravom, soobstaja z močjo druge države.

36. Gotovo je, da je namen moči, ki jo monopolizira in izvaja država, prvo merilo za določitev meje med javno oblastjo in posamezniki.

37. V tem smislu se tradicionalno za označitev javne oblasti najpogosteje uporablja merilo, ki se nanaša na zmožnost javne oblasti, da enostransko uveljavi svojo voljo, torej ne da bi bilo potrebno soglasje zavezanca. Nasprotno pa lahko posameznik spoštovanje svoje volje s strani drugega posameznika doseže le z njegovim soglasjem.

38. Po tem premisleku je treba nadaljevati s preučitvijo lastnosti sodobne države kot oblike izvajanja oblasti, ki je veliko bolj izpopolnjena kot prej znane oblike. Te so bile omejene na izvajanje fizične prisile z izredno poenostavljenimi postopki za določanje pogojev njene uporabe. Da bi v današnjem času lahko upoštevali pojav javne oblasti v vsej njegovi kompleksnosti, je praktično neizogibna uporaba pojma javne oblasti, oblikovanega na podlagi logike pravnega reda, v okviru katerega se ta oblast izvaja.

39. V tem smislu je pravni red proces organizacije izvajanja legitimne moči, s katerim je po potrebi mogoče zagotoviti njeno uporabo v konkretnem zadevi. Glede na to lahko sprejmemo, da so akti, ki so v pravnem redu nazadnje sprejeti (to je, ko se proces legitimne moči konča z aktom, s katerim se proces sklene in postane dokončen), skrajni izraz pravnega reda.[13]

40. Glede na to razlogovanje je odločilno merilo za uvrstitev akta med te, ki izhajajo iz javne oblasti, značaj njegovega razmerja s pravnim redom države. Natančneje, merilo, na podlagi katerega se presodi, ali se lastnosti dejavnosti lahko štejejo za izraz sodelovanja pri izvajanju javne oblasti, je vključenost dejavnosti (stopnja njene pripadnosti) v ta pravni red. Merilo torej ne bo zgolj skladnost s tem redom, ampak okoliščina, ali je akt vključen v pravni red kot akt tega reda.[14]

13 – Glede koncepta pravnega reda kot zaporedja predpisov, ki jim je mogoče slediti nazaj do prvega pravila pozitivnega prava, ki je izraz oblasti suverena, glej zlasti H. Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. izd., Deuticke, Dunaj, 1960.

14 – Tako za preučitev, ali neka dejavnost pomeni izvajanje javne oblasti, te ni treba – kot je razvidno iz utemeljitev, preizkušenih v tem postopku – pripisati eni od treh državnih oblasti in/ali funkciji, to je zakonodajni, izvršilni in zlasti sodni.

41. S tega vidika je sodstvo mogoče šteti za najbolj značilen izraz javne oblasti. Njegove odločbe dejansko pomenijo dokončno uveljavitev prava in so v tem smislu spojene s pravnim redom.[15] Vendar lahko zato tudi trdimo, da je javna oblast ta, katere akti lahko dobijo tak značaj brez potrebe po *iurisdictio*. Najprej, zakon je izvršljiv sam po sebi, tako kot upravni predpis ali odredba organov prisile. Vedno gre za akte in predpise, ki se jih lahko spremeni v sodnem postopku, vendar v vsakem primeru učinkujejo neposredno, ne da bi bilo za to potrebno pooblastilo.

42. Glede na to je očitno, da noben posameznik ne more ustvariti pravnih aktov, ki bi lahko zavezovali tretjo osebo, če tega ne stori ob posredovanju javne oblasti. Ker posameznik ne sme uporabiti prisile, za uveljavitev svoje pravice vedno potrebuje javno pooblastilo. Javna oblast se v takih primerih ne omeji na preizkus akta, ki ima lahko sam po sebi zavezujoč učinek za tretjo osebo, kot je to v primeru aktov uprave, vlade ali zakonodajne oblasti. Nasprotno, javna oblast v teh primerih vedno posreduje kot avtoriteta, ki ustvarja obveznost, ki jo želi posameznik uveljaviti v razmerju do tretje osebe. Gre torej za obveznosti, ki lahko nastanejo na podlagi soglasja volj (pogodba/načelo dispozitivnosti), pri čemer pa posamezniki lahko zahtevajo njihovo izpolnitev le ob posredovanju javne oblasti.

43. Zato je v okviru sklepa o zgornjih preudarkih treba ugotoviti – z določeno stopnjo abstraktnosti, ki je nujna glede na okoliščine primera – da je med lastnostmi, ki označujejo javno oblast v različnih nacionalnih tradicijah, treba upoštevati to, ki se nanaša na zmožnost pripisati akt, določbo ali ravnanje volji države, ki je formalizirana v okviru pravnega reda. To je dejansko najmanjši skupni imenovalec vseh tradicij, v katerih je možnost pripisati konkretno voljo splošni volji države odločilno merilo za določitev meje, ki javno sfero ločuje od zasebne.

44. Ti preudarki omogočajo zanesljivejšo obravnavo osrednjega vprašanja v zvezi z notarsko dejavnostjo.

45. Ob upoštevanju teh dejavnikov je treba priznati, da portugalski notariat z overovitvijo

15 – Merkl, A., Die Lehre von der Rechtskraft, Deuticke, Leipzig, 1923.

neposredno in izrecno izvaja dejavnost javnega značaja v smislu, da posameznikom vnaprej da pooblastilo za izvajanje njihove pravice, ki bi ga ti sicer morali zahtevati za vsak primer posebej. Zaradi notarjevega posredovanja ni treba zahtevati posredovanja druge javne oblasti, kadar se želi uveljaviti dejstvo, ki ga je z overitvijo potrdil notar, overjeni akt pa pridobi večjo pravno veljavo, in sicer javno, ki jo je mogoče prerekati le pred sodiščem (kar je sicer mogoče v zvezi s katerim koli aktom javne oblasti). Jasno je, da odločilna lastnost javne oblasti ni izvzetost iz sodnega nadzora, ki je v pravni državi sicer nemogoča, ampak okrepljena domneva zakonitosti njenih aktov in s tem določena stopnja zahtevnosti pogojev za nadzor nad njimi.

46. Očitno je, da notar ne uporablja prisile in enostransko ne nalaga obveznosti. Vendar, kot smo videli, to ni edino odločilno merilo za ugotovitev, da gre za javno oblast. Z overitvijo dobijo akti posameznikov javen značaj v smislu, da z njo vnaprej dobijo pravno veljavo, katere potrditev bi posameznik – da bi jim zagotovil pravni učinek – brez overovitve moral zahtevati od (druge) javne oblasti. Gre torej, če se lahko tako reče, za javno oblast, dejavno na področju, ki je blizu zasebni sferi in s tem v bistvu sferi avtonomije volje. Vendar pa je njena javna razsežnost nedvomna, če upoštevamo njeno zmožnost, da to, kar je zgolj zasebno, spremeni v javno, in mu tako da moč, ki je lastna javni oblasti.

47. Drugo vprašanje pa je, da za izvajanje notarske dejavnosti – ker je njena povezava z izvajanjem javne oblasti v ožjem smislu (glede na povezavo s pristojnostmi suverena) šibkejša – veljajo manj strogi pogoji kot ti, ki veljajo za organe, katerih dejavnosti so bolj neposredno povezane z izrazom suverenosti.

48. Zato in v obsegu, v katerem overitev ustreza tej funkciji, menim, da gre za dejavnost, ki je neposredno in izrecno povezana z izvajanjem javne oblasti, ker se z njo aktom, predpisom in ravnanjem, ki bi sicer imeli le toliko pravne veljave, kot jo ima izraz zasebne volje, podeli poseben status.

49. V obsegu, v katerem je overovitev v Portugalski republiki neločljivo bistvo notarjeve funkcije, je torej treba ugotoviti, da je notarski poklic, na splošno in kot celota, neposredno in izrecno povezan z izvajanjem javne oblasti.[16]

50. V uvodni izjavi 41 Direktive 2005/36 je navedeno, da ta „direktiva ne posega v uporabo členov 39(4) in 45 Pogodbe, kar zadeva predvsem notarje“. Zdi se, da je zakonodajalec, čeprav zelo dvoumno, tako implicitno pojasnil, da odgovor na vprašanje, ali notarska dejavnost spada na področje uporabe člena 45, prvi odstavek, ES, vsebuje odgovor na vprašanje glede možnosti uporabe Direktive za ta poklic.

B – *Možnost uporabe Direktive 2005/36 za notarski poklic*

51. V tožbi Komisija upravičeno zavrača možnost, da bi bila uvodna izjava 41 Direktive 2005/36 lahko izhodišče za razlago člena 45, prvi odstavek, ES. Upoštevno besedilo Direktive v tej zvezi dejansko ni odločilno za opredelitev notarske dejavnosti kot javne oblasti ali obratno. Vendar pa Komisija priznava, da je v skladu z uvodno izjavo treba uporabiti člena 43 ES in 45, prvi odstavek, ES, če je dejavnost povezana z izvajanjem javne oblasti. Tako iz vloge Komisije izhaja, da se določbe Direktive 2005/36 ne uporabijo, če je dejavnost, kot je notarska – gledano v dejanskih okoliščinah primera, in ne abstraktno – povezana z izvajanjem javne oblasti.

52. Iz razlogov, predstavljenih v točkah od 45 do 48 teh sklepnih predlogov, menim, da je portugalski notariat, kot je bil urejen 18. decembra 2006, neposredno in izrecno povezan z izvajanjem javne oblasti. Zato se s Komisijo strinjam in ugotavljam, da se Direktiva 2005/36 v navedenem času ni uporabljala za notarsko dejavnost na Portugalskem.

53. Portugalska republika je zlasti med obravnavo poudarila, da je bil notarski poklic predmet različnih reform, namenjenih izboljšanju konkurenčnosti v sektorju. Zastopnik Portugalske republike je Sodišče obvestil, da je portugalski zakonodajalec za dosego tega namena za velik del pravnih aktov, pri katerih je bilo prej notarjevo posredovanje nujno, to zahtevo odpravil, tako da jih je zdaj mogoče

16 – Glej zgoraj navedeno sodbo v zadevi Reyners.

opraviti tudi pred drugimi strokovnjaki. Te okoliščine bi bile lahko v določenih primerih dovolj upoštevne za morebitno zavrnitev opredelitve notarske dejavnosti, ki je bila podana v teh sklepnih predlogih. Vendar pa v tem postopku teh sprememb ni mogoče obravnavati, saj je datum, upošteven za presojo te tožbe, rok za odpravo kršitve, ki ga je Komisija državi določila v obrazloženem mnenju. Kot je bilo že navedeno, je ta datum 18. december 2006.

54. Ugotovitev iz teh sklepnih predlogov, da je portugalski notariat povezan z izvajanjem javne oblasti, prav tako ne pomeni, da je bila problematika uporabe členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES za notarsko dejavnost na Portugalskem izčrpana. Kot sem navedel v zgoraj navedenih sklepnih predlogih, predstavljenih v zadevah C-47, C50, C51, C53, C54 in C61/08, ugotovitev, da je dejavnost povezana z izvajanjem javne oblasti, predpostavlja izvedbo preizkusa sorazmernosti ob upoštevanju členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES. Ker pa se je očitek Komisije v tem postopku nanašal le na Direktivo 2005/36, je presoja zadeve po tem merilu izključena.

55. Tožbo je zato treba zavrniti.

VI – Stroški

56. V skladu s členom 69(2) Poslovnika se neuspeli stranki naloži plačilo stroškov, če so bili priglašeni. Ker Komisija s tožbenimi razlogi ni uspela, se ji naloži plačilo stroškov, kot je predlagala Portugalska republika.

57. V skladu z odstavkom 4, prvi pododstavek, istega člena Češka republika, Republika Litva, Republika Slovenija, Združeno kraljestvo Velika Britanija in Severna Irska in Slovaška republika, ki so se kot intervenientke udeležile postopka, nosijo svoje stroške.

VII – Predlog

58. Glede na navedeno Sodišču predlagam, naj odloči:

1. Tožba se zavrne.

2. Evropski Komisiji se naloži plačilo strokov.

3. Češka republika, Republika Litva, Republika Slovenija, Združeno kraljestvo Velika Britanija in Severna Irska ter Slovaška republika nosijo svoje stroške.